



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS

AMANDA ARNT MARÇAL

**GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA
PESSOA EM DESENVOLVIMENTO**

**BRASÍLIA
2018**

AMANDA ARNT MARÇAL

**GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA
PESSOA EM DESENVOLVIMENTO**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Júlio César Lérias Ribeiro.

**BRASÍLIA
2018**

AMANDA ARNT MARÇAL

**GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA
PESSOA EM DESENVOLVIMENTO**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Professor Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Prof. Examinador: Danilo Porfírio de Castro Vieira

RESUMO

A aplicação da guarda compartilhada tornou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da lei 13.058/2014 que deu nova redação ao artigo 1.584 do Código Civil. Essa modalidade de guarda passou a ser aplicada quando não houver acordo entre os pais, sendo ambos capazes de exercer o poder familiar. Com isso, o presente trabalho de conclusão de curso, tendo como base o Direito de família contemporâneo, buscou por meio de uma análise doutrinária, legal e jurisprudencial, demonstrar como a guarda compartilhada é aplicada nos casos concretos. Buscou-se responder à pergunta proposta afirmativamente, tendo em vista que na interpretação do Direito, é possível conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento, posto que essa passa a ter referenciais paternos e maternos e assim, são assegurados os direitos à convivência familiar e consequentemente é privilegiado o princípio do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Família. Guarda compartilhada. Direito à convivência familiar. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A DOUTRINA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	8
1.1 Direito de Família Contemporâneo	8
1.2 Do poder familiar e da guarda generalidades	14
1.3 Guarda compartilhada e o direito de convivência familiar	20
2 A APLICAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO	26
2.1 Guarda Compartilhada e a Pessoa com Desenvolvimento na Constituição de 1988	26
2.2 Guarda compartilhada e a proteção da pessoa em desenvolvimento no Código Civil	32
2.3 Guarda compartilhada e a proteção da pessoa em desenvolvimento no estatuto da criança e do adolescente	37
3 A APLICAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO	42
3.1 Jurisprudências favoráveis à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro	42
3.2 Jurisprudências contrárias à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

Haja vista as transformações ocorridas no âmbito do Direito de Família e a aplicação da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que se observe a importância do convívio do filho com ambos os genitores.

O direito à convivência familiar é fundamental para o crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente, de modo que estes tenham uma formação baseada na solidez e harmonia.

Tal direito não é efetivamente garantido na guarda unilateral e por essa razão, o entendimento majoritário atual da doutrina e da jurisprudência é o de que essa modalidade de guarda deve ser vista como exceção.

Já a guarda compartilhada, (Lei 13.058/2014), representou um avanço no Direito de Família brasileiro. Essa modalidade de guarda prima pela igualdade parental, pois, conforme aduz o artigo 1.583 do Código Civil parágrafo único, a guarda compartilhada é “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

O presente trabalho tem como finalidade analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento, assim como examinar as vantagens e desvantagens dessa modalidade de guarda e sua aplicação à luz de casos concretos, levando-se em consideração primordialmente a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente.

Será estudada a guarda compartilhada e os impactos de sua aplicação na vida da pessoa em desenvolvimento, principalmente no aspecto psicológico e social desta. A relevância social e jurídica tem por base o princípio do melhor interesse da criança, onde o Estado e a família devem propiciar as melhores condições para que esse direito seja assegurado.

Este trabalho de conclusão de curso busca responder ao problema proposto: “É possível, na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, conceder-se a guarda

compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento?”, conforme argumentação doutrinária legal e jurisprudencial a ser desenvolvida nos capítulos da monografia.

A pesquisa responde afirmativamente ao problema proposto, tendo em vista que a cooperação mútua dos pais favorece o desenvolvimento completo da criança, que tem sua educação formada por dois referenciais e com a plena garantia ao direito de convivência.

O primeiro capítulo abordará o Direito de Família Contemporâneo com base na doutrina, analisando a evolução histórica do poder familiar e da família até os dias atuais, para a compreensão da necessidade de aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito e entendimento da guarda e suas modalidades e por fim, a guarda compartilhada como instrumento de convivência familiar na proteção da pessoa em desenvolvimento.

No segundo capítulo será analisada a aplicação da guarda compartilhada como instrumento para assegurar o melhor interesse da pessoa em desenvolvimento, com base na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Por fim, no terceiro capítulo dessa pesquisa, serão analisados os casos concretos, serão analisados julgados favoráveis e contrários a aplicação da guarda compartilhada, pois, a depender do caso concreto a decisão pode ser contrária ou favorável à sua utilização.

Para a melhor compreensão das jurisprudências, serão utilizados argumentos doutrinários e legais vistos nos capítulos anteriores.

Nas jurisprudências favoráveis houve a implementação da guarda compartilhada mesmo havendo situação litigiosa entre os ex-cônjuges, demonstrando que mesmo nesses casos, não há impedimento para sua aplicação pois atende ao melhor interesse da criança. Propiciando seu pleno desenvolvimento social e psíquico.

Nas jurisprudências contrárias, foi observado que, embora a guarda compartilhada seja regra no ordenamento jurídico brasileiro, em alguns casos ela não

é aplicada. As principais razões para o não provimento da guarda nos casos concretos deve-se ao fato dos pais morarem em cidades distintas, ou seja, limites geográficos e nos casos em que o conflito entre os pais pode comprovadamente comprometer o melhor interesse da criança.

O referencial teórico será composto por autores renomados do Direito de Família, como Maria Berenice Dias, Pablo Stolze, Paulo Ibo e Nelson Rosendal. Assim como autores de livros atuais sobre a guarda compartilhada como Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos e Waldyr Grisard Filho.

A abordagem consistirá em pesquisas bibliográficas em doutrina e pesquisas jurisprudenciais para entender o funcionamento da guarda compartilhada na prática e o entendimento dos mais relevantes autores que falam a respeito do tema. Dessa forma serão encontradas análises aprofundadas sobre as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.

1 A DOUTRINA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

No presente capítulo, será abordado o Direito de Família Contemporâneo com base na doutrina, analisando a evolução histórica do poder familiar e da família até os dias atuais, para a compreensão da necessidade de aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito e entendimento da guarda e suas modalidades e por fim, a guarda compartilhada como instrumento de convivência familiar na proteção da pessoa em desenvolvimento.

1.1 Direito de Família Contemporâneo

O direito de família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.¹ É um direito que aborda vários institutos jurídicos, como a união estável, a filiação e a guarda, que será o objeto de estudo do presente trabalho.²

Este ramo do direito passou por diversas transformações ao longo dos anos. No Brasil, era um direito ligado à Igreja e a religião e de caráter patrimonial na Época do Império, passou a ser laico desde o surgimento da República até a Constituição de 1988 e a partir desta veio a ser um direito baseado em valores como a solidariedade e a Justiça.³

Em uma breve síntese histórica, o Estado passou por diversas transformações. Na obra de Friedrich Engels,⁴ ele relata que os grupos de pessoas que formavam as tribos praticavam a endogamia, que consistia na relação sexual entre todos os membros que habitavam essa tribo, esse era o chamado estado primitivo.⁵

Em cada época e cultura, o conceito e o vocábulo de família sofreu transformações e isso marcou cada momento da história brasileira.

¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1

² TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 15.

³ LÔBO, Paulo. **Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

⁴ ENGELS, apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19.

Na antiguidade Clássica o que ligava os membros de uma família era a religião, portanto a família significava “aquilo que está junto ao fogo” e dava-se o nome de *epístion*. O casamento representava o abandono da esposa a seus antepassados, que passaria a cultuar os deuses de seu esposo.⁶

Por essa razão, o estado primitivo era caracterizado por ser matriarcal, visto que, com isso, desconheciam-se o pai e apenas a mãe era conhecida. Dessa forma a mãe era a figura que dava alimentação e educação para os filhos.⁷

Alguns doutrinadores como Caio Mário, apontam, que existem controvérsias no que diz respeito a essas origens, por considerar a ideia disposta anteriormente como oposta ao desenvolvimento do ser humano. Para o autor, este fato pode ter ocorrido em grupos específicos, nos quais, em decorrência da guerra, a mulher acabava ficando com o poder familiar sobre os filhos.⁸

A monogamia era um instituto relacionado à Igreja Católica e perdurou até a revolução industrial. A revolução industrial foi um marco na história, pois a mulher deixou de ter o papel de unicamente cuidar da prole e o homem de ser o provedor de renda da família, visto que ambos estavam inseridos no mercado de trabalho.

Com essa inserção da mulher no mercado de trabalho, a família perde o que na monogamia era considerada sua função econômica, visto que passou a ter cada vez mais espaço não só nos meios econômicos como nos sociais e jurídicos.⁹

No que tange ao conceito de direito de família contemporâneo, faz-se mister destacar as importantes mudanças e evoluções comportamentais e tecnológicas ocorridas, como “as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas”.¹⁰

⁶ SOUSA, Mônica Tereza Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. 2015. **Do direito de família ao direito das famílias**: A repersonalização das relações familiares no Brasil. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509943/001032755.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul. de 2018. p. 72-73.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.19.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 52-53.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Família. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.17.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.16.

Essas mudanças representaram uma ruptura à visão do Código de 1916 sobre o conceito de direito de família. Como advertem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal “Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”.¹¹

Haveria então, a necessidade de analisar o direito de família à luz da Constituição Federal de 1988, para a garantia e respeito dos direitos fundamentais.

Preliminarmente, destaca-se, que frente as mudanças ocorridas na sociedade citadas anteriormente, o Direito passou a se preocupar não apenas com a existência humana, como também com a sua existência digna, vide artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.¹²

Essa dignidade é garantida através da família que deve proporcionar ao indivíduo um bom desenvolvimento e de forma saudável. Por essa razão, o Estatuto das famílias enuncia as regras de estruturação do Direito de família.

Em seu artigo 5º, o Estatuto preconiza como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.”¹³

Esse fenômeno decorrente das evoluções que o Direito de família passou, é chamado de repersonalização das relações jurídicas de família. A repersonalização era baseada no princípio da afetividade. Valorizando mais o interesse e a dignidade da pessoa humana do que suas relações patrimoniais, como era anteriormente.¹⁴

¹¹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 6.

¹² Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p.18.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

O processo de mudança da vida social aliada as mudanças anteriormente citadas do século XX permitiu a ruptura de um único modelo familiar. Com isso a família passou a ser caracterizada não só pelo vínculo do casamento, como também por outras formas de entidade familiar. Possibilitando o ajuste da família e da sociedade em geral.¹⁵

Flávio Tartuce confirma os argumentos anteriores ao afirmar que a doutrina e a jurisprudência majoritárias assentam que o rol existente da Constituição Federal é exemplificativo, ou seja, podem existir outras manifestações familiares, além daquelas expressas na Constituição.¹⁶

Ademais, essa mudança comportamental que ocorreu na sociedade levou

Dentro dessa perspectiva, pode-se inferir que a nova concepção de família é baseada sobretudo na afetividade, devendo ser analisada em cada caso concreto de acordo com as mudanças surgidas na sociedade.

Ademais, devem ser analisados os princípios constitucionais para melhor compreensão dessa nova concepção. Estes podem ser tanto implícitos quando expressos na Constituição.

A dignidade da pessoa humana, já tratada anteriormente, é a base para a repersonalização do Direito de família. De acordo com Paulo Lôbo “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.¹⁷

Com relação ao princípio da solidariedade familiar (artigo 3º, I, da CF/1988), é a formação de uma sociedade formada por indivíduos que se apoiam e se amparam. Historicamente, esse princípio nasceu em um contexto de mudanças do mundo antigo para o mundo moderno liberal.

¹⁵ SOUSA, Mônica Tereza Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. 2015. **Do direito de família ao direito das famílias: A repersonalização das relações familiares no Brasil.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509943/001032755.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 mar. 2018. p77.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito de família.** 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 37.

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

No mundo moderno o ser humano passou a ter direitos individuais fundamentais, que devem ser respeitados por todos que vivem na sociedade e pelo Estado.

Dessa forma, ao contrário do mundo antigo em que o ser humano não possuía direitos subjetivos por ser visto apenas inserido em uma sociedade, no mundo moderno os valores de solidariedade passaram a ser tão importantes quanto os direitos sociais.¹⁸

Já a garantia do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, significou um importante avanço na igualdade de gêneros. De acordo com Flávio Tartuce:

“Consigne-se que o art. 1.o do atual Código Civil utiliza a expressão pessoa, não mais o termo homem, como fazia o art. 2.o do CC/1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica. Especificamente, prevê o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3.o, da CF/1988 e pelos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.”¹⁹

Porém, cumpre-se ressaltar que ainda hoje a mulher sofre discriminação de gênero apesar de sua inserção no mercado de trabalho e de todas as garantias constitucionais. Destaca-se a respeito do assunto o artigo: “Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo” redigido por Ligia Ziggotti de Oliveira e Ana Carla Harmatiuk Matos.²⁰

O princípio da não intervenção ou da liberdade,

“O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos

¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 24.

²⁰ OLIVEIRA, Ligia Ziggotti; MATOS Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. Fortaleza: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 750-753, dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.”²¹

No que tange à guarda compartilhada, um princípio relevante para seu estudo é o princípio do “melhor interesse da criança e do adolescente”²², por ser considerado uma garantia introduzida com a implementação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio é assegurado no artigo 227, *caput*²³ da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 1.583²⁴ e 1.584²⁵ do Código Civil e aduz que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”²⁶.

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

²² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69

²³ Artigo 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁴ Artigo 1.583 “§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁵ Art. 1.584. “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁶ Artigo 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

O princípio da afetividade “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.²⁷

1.2 Do poder familiar e da guarda generalidades

O Direito brasileiro originou-se do Direito romano, por essa razão, faz-se mister destacar, com as palavras de Waldyr Grisard Filho que “A tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes”.²⁸

Transmitida para o Brasil, essa visão de pátrio poder passou “por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, os filhos, bem como entre estes e os pais.”²⁹

Transformações advindas de diversas leis, como a “Lei número 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), como um corolário da igualdade jurídica da mulher, que o pátrio poder competia ao pai, que deveria exercê-lo com a colaboração de sua mulher.”³⁰

O projeto do Código Civil de 1965, estabelecendo que o pátrio poder seria exercido em comum pelos pais.³¹ E por fim o Estatuto da Criança e do adolescente, que em seu artigo 21³², estabeleceu igualdade de condições entre o pai e a mãe.³³

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

²⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

²⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 513.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 513.

³² Art. 21. O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 514.

Como instrui Caio Mário, a legislação supracitada representa a sociedade moderna, dinâmica, em que o pai e a mãe devem ter condição de educar os filhos e gerenciar a vida deles em igualdade de condições. Isso foi uma evolução decorrente da inserção das mulheres no mercado de trabalho, assim como a maior participação dos homens nas tarefas domésticas.³⁴

Atualmente, o poder familiar consiste nos direitos e deveres dos pais para com os filhos. Devendo este ser exercido de maneira que os filhos tenham uma boa formação. Sua função é a de atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Com essa compreensão é possível entender a necessidade do convívio e diálogo entre os pais, visto que, segundo o art. 21³⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder familiar deve ser exercido pelo pai e pela mãe em igualdade de condições.³⁶

Embora a denominação “poder familiar” seja mais adequada do que a anterior “pátrio poder” não é o ideal, pois traz uma ideia de poder físico de uma pessoa com a outra.

Utilizando o direito comparado, Paulo Lôbo afirma que as legislações estrangeiras optaram pela terminologia “autoridade parental”.³⁷

Essa terminologia foi utilizada na França desde 1970 com a lei de 4 de junho que trouxe severas mudanças ao direito de família, essas mudanças foram aumentadas pela lei de 4 de março de 2002, que fez uma reorganização do regime da autoridade parental, priorizando o melhor interesse da criança.³⁸

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 514.

³⁵ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 mar. de 2018.

³⁶ RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Guarda Compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 9, n. 2, p. 320-339, dez. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/14772>>. Acesso em: 13 mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369414772>.

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

O direito de família dos Estados Unidos também prefere utilizar a denominação “autoridade familiar”. Essa expressão funda-se no interesse e na legitimidade do outro. Pode-se concluir que este conceito é mais adequado, devendo a expressão “poder familiar” ser recebida com tal dimensão.³⁹

No tocante a sua natureza jurídica, o pátrio poder possui dois diferentes significados, qual seja, do Estado perante terceiros e nas relações pai e filho⁴⁰. Com relação a natureza jurídica na primeira acepção, “o pátrio poder é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração dos bens, guarda), um *officium*, supervisionado pelo Estado a fim de que, no seu exercício, sejam evitados abusos”.⁴¹

Já na segunda acepção, que diz respeito à relação pai e filho, “o pátrio poder é um conjunto incindível de poderes-deveres que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral, a vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos”.⁴² Em suma, os pais têm o direito-dever subjetivo para com os filhos que é de interesse do Estado.

Em regra, não é permitido que os pais renunciem ao poder familiar. Contudo, existem duas formas de renuncia-lo, um de forma direta, no caso de pais que colocam seus filhos para adoção e a outra é a renúncia indireta, quando os pais praticam atos incompatíveis com o poder parental.⁴³ Por esse motivo destaca-se que uma de suas características é a de ser indisponível pois, “decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros.”⁴⁴

Além disso possui outro aspecto que é o da indivisibilidade, como leciona Silvio Venosa:

“O poder familiar é indivisível, porém não seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o

³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

⁴¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

⁴² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 323-324.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 324.

pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.”⁴⁵

E por fim, é imprescritível. “Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo.”⁴⁶

Com relação à guarda, o vocábulo guarda “tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”.⁴⁷

Em sua aplicação é necessário primar pela proteção do menor, que é um direito essencial dos filhos e dever/direito dos pais. Por essa razão, o que deve ser analisado são os interesses das crianças e dos adolescentes e não o interesse dos pais em obter a guarda. Dessa forma será garantido o contato com ambos s genitores e o direito a continuidade da convivência.⁴⁸

Com esses direitos preservados, além dos pais exercerem ampla e efetivamente os seus respectivos poderes familiares em relação aos filhos, estes têm direito de receber a educação e conviver com eles de forma igualitária e ideal para garantia da sua formação e desenvolvimento de forma integral.⁴⁹

Ademais, cumpre-se falar da evolução da guarda no ordenamento jurídico brasileiro. “A primeira regra do direito brasileiro sobre o destino de filhos de pais que não convivem, veio com o Decreto 181, de 1890.”⁵⁰ Depois, com o código de 1916 houve a distinção da dissolução amigável e judicial, porém ambos os institutos falavam em culpa pela ruptura do casamento, conferindo maiores direitos ao cônjuge considerado inocente.⁵¹

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 324.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 324.

⁴⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.190.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.190.

⁵⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48.

⁵¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48.

Logo após vieram outras leis, a do divórcio (Lei 6.515/77), derogou alguns dispositivos do Código de 1916, preservando os interesses do filho, entretanto, conservando o sistema vigente com adaptações.⁵²

Já com o Código Civil de 2002, começaram a surgir algumas mudanças, visto que não era mais aplicada a culpa pelo divórcio para decidir a guarda do menor. “Assim, constata-se, de imediato, que não há qualquer impacto da Emenda do Divórcio sobre a guarda, eis que a culpa já não mais gerava qualquer consequência jurídica em relação a tal aspecto.”⁵³

A guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico com o advento da lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Em 2014, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro, trouxe o conceito de guarda compartilhada e a regulamentou como regra, fazendo alterações nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil.”⁵⁴

Cumpre salientar, que a guarda, por não afetar o pátrio poder, difere-se da tutela e da adoção, impondo o dever material dos pais pela assistência material, moral e educacional, além de ser devida pensão alimentícia independentemente da modalidade de guarda aplicada.⁵⁵

No que diz respeito à lei 13.058/2014, esta instituiu a guarda compartilhada como regra o ordenamento jurídico mesmo quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, se ambos forem aptos a exercer o poder familiar. Destarte, caso seja necessário o seu afastamento no caso concreto, este deve ser motivado, devendo o juiz da causa, com base no princípio do melhor interesse da criança, analisar o caso concreto.⁵⁶

⁵² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49.

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.163.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 538.

⁵⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54 e 55.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 166.

Nos dias atuais, é regra que em havendo divórcio, os pais devem preferencialmente acordar sobre a modalidade de guarda dos filhos de forma consensual.⁵⁷

Ocorre que, em alguns casos, por existirem conflitos mal resolvidos decorrentes do divórcio, é necessária a intervenção judicial, neste caso o legislador deverá fazer uma análise do caso concreto e decidir o que melhor protege o interesse do menor.

Além disso “A guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito”.⁵⁸

No que tange a relevância do instituto, segundo Waldyr Grisard Filho:

“A sua importância decorre da multiplicidade de problemas que envolve esse ramo peculiar do Direito, que deve ser constantemente aprimorado, caminhando no sentido da *proteção integral* dos filhos, para tornar efetivo seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”⁵⁹

As modalidades de guarda são: guarda comum ou originária, unilateral, guarda alternada e guarda compartilhada, estes dois últimos se confundem em sua aplicabilidade no caso concreto.

A guarda comum é aquela em que ambos os pais exercem a guarda da criança. Já os outros tipos de guarda são decorrentes de divórcios.

A guarda unilateral, segundo entendimento de Paulo Lôbo:

“A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil, e após a Lei n. 11.698/2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. No divórcio judicial convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse

⁵⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.191.

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.191.

⁵⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54-55.

dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio.”⁶⁰

Na guarda alternada “(...) o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro.”⁶¹ Os problemas gerados por essa modalidade de guarda são diversos, mas o principal é a instabilidade da criança gerada pela falta de uma residência fixa, que pode afetar seu desenvolvimento. Cumpre-se ressaltar que esse instituto não se encontra no ordenamento brasileiro.

Já a guarda compartilhada ambos os pais detêm direitos e deveres perante os filhos, se responsabilizando conjuntamente para a sua formação e desenvolvimento.

1.3 Guarda compartilhada e o direito de convivência familiar

Como visto anteriormente, ao longo da história “foi reconhecido o direito à felicidade individual nas relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa”⁶². Ou seja, mesmo separados judicialmente, ambos os pais possuem o dever e o direito de assistir, criar e educar os filhos menores.⁶³

Dentro desse contexto, a guarda compartilhada foi criada com o intuito de proteger o melhor interesse da criança. Essa modalidade de guarda, é considerada inovadora, visto mesmo quando os pais são divorciados, as crianças continuam fazendo parte do cotidiano dos dois.⁶⁴

No que diz respeito a essa modalidade de guarda, é possível distingui-la em dois conceitos, quais sejam, a guarda jurídica compartilhada e a guarda física compartilhada.⁶⁵ A primeira, já era reconhecida antes da lei sobre a guarda

⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 192.

⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204.

⁶² RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

⁶³ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

⁶⁴ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: São Paulo, 2015. p. 412.

⁶⁵ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

compartilhada, visto que, em nosso país, a separação e o divórcio não alteram os direitos e deveres decorrentes do poder familiar.⁶⁶

Segundo Patricia Ramos “A Lei n. 13.058/2004, de qualquer forma, alterou a redação dos artigos. 1.583⁶⁷ e 1.634⁶⁸ do Código Civil para instituir, expressamente, tanto a guarda jurídica compartilhada quanto a guarda física compartilhada”.⁶⁹

Desse modo, os pais continuam “obrigados a colaborar materialmente para o sustento da prole, proporcionalmente à sua capacidade contributiva e considerados os gastos comuns e necessários daquele com quem o filho estiver residindo”⁷⁰. Ou seja, “O genitor que tem melhor condição econômica deve prestar alimentos ao filho”⁷¹ ainda no compartilhamento de guarda.

No que concerne a evolução dessa modalidade de guarda, cabe referir-se ao direito comparado para sua compreensão, tendo em vista o valor histórico e jurídico que esses sistemas representam.⁷²

Primordialmente, no que se refere à common law, sistema existente no século XIX, foi modificado o princípio de que os filhos eram propriedade dos pais, com isso, a guarda que anteriormente era do homem em situações conflituosas, passou a ser conferida à mãe. Com isso, os Tribunais entenderam que seria uma injustiça com o pai.⁷³

⁶⁶ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

⁶⁷ BRASIL. **Código Civil**. “Artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁶⁸ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 74.

⁶⁹ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 74.

⁷⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.417.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 760.

⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.122.

⁷³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.123.

Para solucionar este problema, “os Tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* (dividir, romper, repartir, separar, em inglês) do exercício desse direito entre ambos os genitores”.⁷⁴

Mantendo-se dessa forma o maior interesse dos filhos porque ambos os genitores acompanham o crescimento e desenvolvimento destes e eventuais dúvidas são esclarecidas. Dessa forma a mãe detinha o chamado *care control*, sendo encarregada dos cuidados diários do filho. E o pai poderia administrar a vida da criança por ter a denominada *custody* sobre ele.⁷⁵ Foi portanto, a primeira possibilidade de se compartilhar guarda.

Já na França, essa noção de guarda compartilhada, teve início em 1976, com o mesmo propósito da Inglaterra e foi criada a Lei 87.570/87 (lei Malhuret). Determinava-se que o pátrio poder era exercido pelo pai e a mãe e subsistia após o divórcio. A guarda poderia ser exclusiva de um dos pais ou compartilhada entre ambos.⁷⁶

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

“A citada lei, enfim, permite aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio, ou, como referiu o juiz Tourigny ‘a guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, está é, certamente, a solução a privilegiar’.”⁷⁷

No direito americano, como cada Estado cria a sua própria lei “Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos

⁷⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.123.

⁷⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.123.

⁷⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.124.

⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.126.

efeitos ao bem-estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito". Com isso, vários Estados adotaram a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*.⁷⁸

Os pais, nos Estados Unidos "são a ela francamente favoráveis, sob vários aspectos: autoestima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psicoemocional, paciência."⁷⁹ Por outro lado, adverte Edward Teyber, que "não há nenhuma panaceia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias- principalmente no caso de pais em conflito."⁸⁰

Já no direito canadense, a guarda compartilhada é exceção, cabendo apenas quando um dos pais se manifesta, e pode ser concedida por meio de um acordo. A regra é a da *sole custody*, de modo que a guarda pertence a um e ao outro cabe apenas o direito de visita.⁸¹

Contudo, "O juiz considerará muitos fatores relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor"⁸². Nesse sentido, a guarda conjunta tem se tornado tendência.

Analisando a aplicação da guarda compartilhada no sistema brasileiro e suas vantagens e desvantagens, faz-se mister destacar, nas palavras de Paulo Lôbo, que a guarda compartilhada é "caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais."⁸³

⁷⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.126.

⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.128.

⁸⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.128.

⁸¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.128.

⁸² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.129.

⁸³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

Esses efeitos da separação são minimizados uma vez que estimula o diálogo e os pais “permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho.”⁸⁴

Outrossim possibilita a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, pois nenhum dos pais atuam como mero coadjuvante, e também privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais.⁸⁵

Outra vantagem diz respeito a convivência familiar, como exprime Maria Berenice Dias:

“A ordem jurídica consagra como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa, abandonando a feição patrimonialista da família”.⁸⁶

Essa modalidade de guarda é um instrumento de convivência familiar visto que “envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida”.⁸⁷

Com efeito, o termo “direito de visita” é trocado por “convivência familiar.” “Nesse sentido, o Magistrado deve estabelecer as regras da convivência familiar e não mero “direito de visitas”.⁸⁸ Considerando-se que a guarda compartilhada tem “o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sombra do princípio da isonomia conjugal”⁸⁹, discorre Waldyr Gridard Filho:

“A guarda compartilhada faz um corte epistemológico nos sistemas vigentes-guarda única, guarda alterada, guarda dividida- para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles

⁸⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

⁸⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 630.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 339-340.

⁸⁸ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 234.

⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 169.

modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com os dois genitores”.⁹⁰

A guarda compartilhada, reforça a convivência familiar, na medida em que o filho passa a viver com o pai e com a mãe e ambos têm sobre ela os mesmos direitos e deveres. Inexistindo a situação encontrada na guarda unilateral de meras visitas, em que apenas um dos pais participava do dia a dia do filho.⁹¹

⁹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.169.

⁹¹ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 334.

2 A APLICAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

No presente capítulo, será analisada a aplicação da guarda compartilhada como instrumento para assegurar o melhor interesse da pessoa em desenvolvimento, com base na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

2.1 Guarda Compartilhada e a Pessoa com Desenvolvimento na Constituição de 1988

Preliminarmente, urge trazer a lume, que o Direito é objetivamente considerado um “conjunto de normas ou regras de conduta”⁹² o qual é organizado em uma ordem jurídica.

As normas jurídicas são organizadas hierárquica e logicamente, como leciona Hans Kelsen⁹³, sob a forma de pirâmide normativa. Nessa pirâmide a constituição se encontraria no topo e as leis estariam fundadas nela.⁹⁴

Dessa forma, a Constituição seria um instrumento que regularia as demais normas e, portanto, poderia também, mudar e criar as novas leis. Para Hans Kelsen “as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos”.⁹⁵

Com efeito, a Constituição é considerada como norma hierarquicamente superior e, com essa compreensão, pode-se extrair o entendimento de que, não existe governo soberano, pois tanto o federal, como o Estadual, o Municipal e do Distrito Federal devem respeitar as normas impostas pela Constituição. Por isso devem exercer suas atribuições de acordo com os poderes e competências encontrados nela.⁹⁶

⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 22.

⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1999. p. 155.

⁹⁵ CUNHA, Thiago Neviani da. A norma jurídica e o pião normativo. Natal: Fides: **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, 2010. p. 173. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?sessionid=4EFA69AC5E40902946206A8EDB0BB3EA.diaInet01?codigo=3646936>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46.

Em síntese, a constitucionalização do direito de família deve ser estudada já que o Direito civil tem como base a Constituição e esta que lhe garante efetividade, pois muitos princípios são cláusulas gerais que o legislador deve completar e que na realidade pós-positivista esses princípios passaram a se aplicar também nas relações particulares.⁹⁷

Além disso, insta enfatizar que a Constituição Federal de 1988 representou um marco teórico como se explicitou, em capítulo precedente. Nesse sentido, arremata Paulo Lôbo:

“A partir da Constituição de 1988 essa distribuição das matérias do direito de família, que gravitava em torno do matrimônio como seu principal protagonista e da legitimidade como principal elemento de discriminação, perdeu consistência”.⁹⁸

Dessa forma, a guarda compartilhada deve ser interpretada à luz da Constituição, até porque não se pode aceitar que, o Direito das Famílias ignore a realidade da vida moderna e, em contradição com a Constituição, consagre regras que, se choquem com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania.⁹⁹

Frisa-se, a esse respeito, que a Constituição rompeu com muitas ideias preconceituosas, visto que trouxe a igualdade de gêneros e proteção integral aos membros da família.¹⁰⁰

O princípio da igualdade entre homens e mulheres, disposto nos artigos 5º inciso I¹⁰¹ e 226, §5º¹⁰² da Constituição Federal, representou um avanço no direito de

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navegandi**. Teresina. v. 10. p.1-15. dez. 2007. Disponível em:<<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

⁹⁹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 427.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navegandi**. Teresina. v. 10. p.1-15. dez. 2007. Disponível em:<<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹⁰² TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navegandi**. Teresina. v. 10. p.1-15. dez. 2007. Disponível em:<<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

família atrelado à psicologia, revelando que embora a criança tenha até aproximadamente 2 anos de idade um vínculo com a mãe explicado biologicamente, passada essa idade, não há justificativas plausíveis para a guarda ser exclusiva da mãe.¹⁰³

Com efeito, a guarda compartilhada é um instrumento para efetivar este princípio constitucional. Dessa forma ambos os pais passam a ter as mesmas responsabilidades com o filho e o pai deixa de ajudar exclusivamente com a pensão alimentícia, sendo mais presente na vida destes, educando e ajudando a formar suas personalidades.

Salienta-se que essa modalidade de guarda beneficia os filhos por terem direito à uma convivência com o pai e com a mãe e uma educação e desenvolvimento atrelados a referenciais maternos, paternos. Da mesma forma, também beneficia o pai, uma vez que permite que ele conviva e transmita seus valores ao filho. Busca-se amenizar os efeitos da separação na vida da criança.¹⁰⁴

Ademais, também ampliou-se tanto a proteção da família formada por meio do casamento, como a união estável e também, a família monoparental. Além disso os filhos concebidos fora do casamento passaram a ter os mesmos direitos dos concebidos dentro do casamento, assim como os filhos adotivos.¹⁰⁵

Cumpra-se ressaltar que em seu artigo 226, parágrafos 7º e 8º, a nova Carta “abriu outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família”.¹⁰⁶

¹⁰³ NEIVA, Deirdre de Aquino. **Guarda compartilhada**, Brasília. 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.aquioneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=2>>. Acesso em: 18 maio 2018.

¹⁰⁴ NEIVA, Deirdre de Aquino. **Guarda compartilhada**, Brasília. 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.aquioneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=2>>. Acesso em: 18 maio 2018.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P .26.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.74.

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho “A Constituição Federal de 1988 assegurou à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e também do Estado, o direito à convivência família e comunitária (artigo 227)”.¹⁰⁷

Para a compreensão da importância da Constituição Federal no direito de família, faz-se mister destacar alguns princípios como o da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar, o do melhor interesse da criança, o da afetividade e o da proteção integral da família.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, ele permite que seja garantida a proteção do indivíduo e pode ser considerado o princípio máximo.¹⁰⁸

Outrossim, o princípio da afetividade advém da garantia e valorização da dignidade da pessoa humana. Tem suma importância pois “quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social”.¹⁰⁹

Entender o meio social e observar as mudanças que ocorrem na sociedade de uma região para outra e com o passar do tempo é, segundo Flávio Tartuce, o princípio da função social da família.

Por certo, a Constituição Federal de 1988 inseriu e adequou valores para a garantia da existência humana digna. O Direito de convivência nesse contexto propicia uma melhor formação do indivíduo garantindo o desenvolvimento dos seus Direitos de Personalidade.¹¹⁰

¹⁰⁷ GRISARD FILHO, Waldyr et al (Org.). Guarda Compartilhada. In: LEITE, Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira et al. **Repertório de doutrina sobre direito de família**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 17. p. 420.

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navegandi**. Teresina. v. 10. p.1-15. dez. 2007. Disponível em:<<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navegandi**. Teresina. v. 10. p.1-15. dez. 2007. Disponível em:<<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Roberto. O código civil de 2002 e as entidades familiares.: Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. **Ibdfam**: Instituto Brasileiro de Direito de família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, jun. 2006. Bimestral.

A convivência familiar é adquirida com o contato diário, ela permite que a criança se sinta acolhida e protegida. Além disso, ela assegura que o filho possa conviver com ambos os genitores, sendo proibido que um restrinja ao outro esse direito, mesmo em casos de divórcios litigiosos.¹¹¹

Visando garantir o bem-estar da criança e a convivência familiar efetiva, a modalidade de guarda compartilhada é aplicada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Essa modalidade de guarda visa assegurar que o tempo de convívio dos pais seja dividido de forma igualitária entre os pais.

Ambos os princípios acima elencados garantem, no caso de separações conflituosas, que a escolha da guarda mais adequada seja feita para preservar o que for melhor para a pessoa em desenvolvimento e não no interesse dos genitores, como era feito no ordenamento jurídico anterior.¹¹²

Outrossim, com a Constituição Federal de 1988, a família que antes era considerada uma unidade produtiva e reprodutiva, “afirma-se com valores sociais e humanizadores, especialmente a igualdade humana, a solidariedade social e a igualdade substancial.”¹¹³

No que diz respeito a essas mudanças de valores que ocorreram na família, cumpre-se ressaltar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal princípio que é a base dos direitos humanos.

Com relação a igualdade humana, cabe tratar do Princípio da igualdade na chefia familiar (artigo 226¹¹⁴, §§ 5.º e 7.º, da CF), que tem como base o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.¹¹⁵

¹¹¹ FIGUEIREDO, Roberto. O código civil de 2002 e as entidades familiares: Direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. **Ibdfam**: Instituto Brasileiro de Direito de família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, jun. 2006. Bimestral

¹¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.75-76.

¹¹³ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.57.

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p.12.

Importante salientar, ainda, que no que concerne a guarda dos filhos, tais princípios constitucionais representaram um importante avanço, visto que a prioridade passou a ser a dignidade da criança. Dessa forma, a escolha da guarda é feita com primazia ao melhor interesse dos filhos.

Ademais, “além de servir de regra de interpretação e de resolução de conflitos entre direitos, deve-se ressaltar que “nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode ser considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança”.¹¹⁶

Ao impor obrigações aos cidadãos, o Estado garante a todos o exercício de seus direitos fundamentais. Dessa forma é assegurado o afeto, que está prevalecendo sobre os aspectos biológicos e patrimoniais por ser uma possibilidade de concretização do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.¹¹⁷

Faz-se mister destacar que no Brasil o poder familiar não está relacionado a guarda, tendo os pais poder familiar independentemente de os filhos residirem ou não com eles. Porém, a inserção dessa modalidade de guarda no ordenamento jurídico possibilitou a igualdade parental, visto que o direito de convivência com a criança passou a ser assegurado a ambos os genitores em equipolência.

Por fim, a guarda compartilhada, foi criada com a “ideologia da cooperação mútua entre os separados e divorciados, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na nova busca do comprometimento dos pais no cuidado dos filhos”.¹¹⁸ Dentro dessa nova realidade do direito de família trazida pela Constituição.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70-71.

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 295.

2.2 Guarda compartilhada e a proteção da pessoa em desenvolvimento no Código Civil

Observar-se-á no presente tópico, como as modalidades de guarda, primordialmente a guarda compartilhada, são inseridas no código civil brasileiro haja vista a evolução do ordenamento jurídico, desde o código anterior.

Com relação ao direito de família no Código Civil Brasileiro, cumpre-se ressaltar, que com relação a dissolução judicial, no código de 1916, ainda havia a ideia de culpa pela ruptura do casamento e com base nela, e também na idade e sexo dos filhos era definido com qual dos pais ficaria a guarda dos filhos, nessa época ainda não existia a guarda compartilhada.

Essa noção de culpa e a de separação judicial prévia foram eliminadas com a emenda Constitucional número 66 de 2010, que deu nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, sendo respeitados os princípios fundamentais da liberdade e da autonomia de vontade.¹¹⁹

Na sociedade moderna, como visto no capítulo primeiro, as mudanças ocorridas na tecnologia e também no meio jurídico passaram a ocorrer de maneira mais rápida. Por esse motivo, o Código civil de 16 não representava mais a sociedade e a família atuais e por esse motivo teve muitos artigos revogados por leis complementares.¹²⁰

No que cerne à evolução do instituto da guarda na legislação brasileira, o Código Civil de 1916, em seu artigo 325, fez a distinção entre a dissolução amigável e a judicial, de forma que em sendo caso de dissolução amigável ambos os cônjuges deveriam acordar sobre a modalidade de guarda.¹²¹

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**: Comentários à emenda constitucional. 66 ed. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf)>. Acesso em: 04 maio 2018.

¹²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.32.

¹²¹ GRISARD FILHO, Waldyr LEITE. Guarda Compartilhada. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; OLIVEIRA Eduardo (Org.). **Repertório de doutrina sobre direito de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 420.

Embora já houvessem outras referências doutrinárias e jurisprudenciais que garantiam a possibilidade da guarda compartilhada,¹²² no Código Civil de 2002, que foi inserida a guarda compartilhada, devendo ser aplicada como regra. O artigo 1.583 aduz sobre essa modalidade de guarda:

“A responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.¹²³

Esse instituto foi inserido ao código com a lei nº 11.698/2008. Destaca-se que primeiro os pais devem decidir de maneira harmoniosa o que for melhor para os filhos com relação a modalidade de guarda, a convivência, para proteção da pessoa em desenvolvimento.¹²⁴

No entanto, é comum que os casais divorciados se encontrem em um cenário atrito e ressentimentos que muitas vezes são transferidos para os filhos e nesses casos, em não havendo bom senso dos pais, o juiz deve intervir para solucionar melhor a questão para que a criança não saia prejudicada.

Pode-se considerar também, nesses casos, a mediação, que consiste em um diálogo entre as partes feito por intermédio de um terceiro neutro à relação, para tentar solucionar ou amenizar o conflito. Essa seria uma solução para que os pais pudessem se responsabilizar e tomar decisões sem a interferência do juiz.¹²⁵

Deve-se assegurar primordialmente o interesse do menor, por esse motivo a guarda compartilhada pode ser alterada a qualquer tempo. Essa modalidade de guarda é possível havendo cooperação mútua entre os genitores, sendo muito

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 295.

¹²³ Artigo 1.583 “A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 191.

¹²⁵ ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. Ano VIII- nº 38. ed. Porto Alegre: **IBDFAM**, 2006. p. 26-37.

importante que os pais tenham respeito um pelo outro e maturidade para resolver o que for melhor para o filho.¹²⁶ Com efeito, o §2º do artigo 1.583 do Código Civil dispõe:

“§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”¹²⁷

Ademais, quando surgirem nos casos concretos situações em que os pais residam em locais diferentes, o §3º do artigo 1.583 leva em consideração também o princípio do melhor interesse do filho para a definição de qual será sua residência principal.¹²⁸

Diferentemente da guarda unilateral em que o pai que não possui a guarda detém meramente o direito de visita do filho, a guarda compartilhada, por ser mais adaptável, permite que o filho conviva com o pai e com a mãe em período similar¹²⁹.

Compreendido isso, não se pode confundir o instituto de guarda compartilhada com o da chamada guarda alternada, em razão dessa segunda categoria de guarda não ter aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e consistir em alternar a moradia do filho como acordarem os pais, ou o que for decidido na justiça. Um exemplo é o filho passar as férias escolares com a mãe e residir com o pai no período de aula. Pode-se afirmar que essa guarda não permite o desenvolvimento saudável da personalidade da criança, dado que essa não tem uma referência de lar.¹³⁰

Faz-se mister destacar que 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil 1.585 e 1.634 do Código Civil foram alterados em 26 de novembro de 2014 com o Projeto de Lei da Câmara nº 117/2003, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, de modo que esses dispositivos passaram a definir a guarda compartilhada e também dispor sobre a sua aplicação de maneira mais ampla, justificando que as disposições normativas sobre a matéria eram superficiais, resultando a promulgação da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.¹³¹

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.192-193.

¹²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.191.

¹²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.192-193.

¹²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.192-193

¹³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.192-193

¹³¹ REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em:

Dito isso, a lei supracitada deu ao artigo 1.584 do Código Civil a redação que aplica a guarda compartilhada como regra, devendo ser a modalidade de guarda aplicada quando não houver acordo entre os pais, sendo ambos capazes de exercer o poder familiar, como se pode auferir a seguir:¹³²

“Artigo 1.584 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

Salienta-se, conforme disposto no artigo, que há exceção quando um dos genitores não quer a guarda do menor.

Ademais, nessa lógica, o §3º do artigo supracitado aduz que o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério público poderá definir as atribuições do pai e da mãe, assim como os períodos de convivência sob guarda compartilhada com base em orientações técnicas ou de equipe interdisciplinar. Tal parágrafo objetiva dividir de forma equilibrada a temporada que o filho terá com o pai e com a mãe.¹³³

A doutrina entende, entretanto, que não havendo a possibilidade de acordo, o magistrado não pode impor o compartilhamento da guarda, pois o casal divorciado deve ter uma relação de harmonia, maturidade e respeito, como visto anteriormente.¹³⁴

O fato de o fim da relação matrimonial não pôr fim ao direito e dever dos pais de exercerem o poder familiar é de suma importância. Isso está disposto no artigo

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

¹³² REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

¹³³ REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

¹³⁴ REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

1.579 do Código Civil brasileiro: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.¹³⁵

Destarte, o dever de guarda, educação e sustento que os pais têm com relação aos filhos. A guarda deve garantir o princípio da convivência familiar, o que significa que os pais além do cuidado e proteção dos menores devem agrega-los ao seio familiar, independente da escolha da guarda, visto que essa escolha não altera o poder familiar do genitor que não possui a guarda.¹³⁶

Cumpre-se ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro veda que o menor viaje para o exterior ou se case sem a autorização de ambos os pais, é o que dispõe o artigo 1.517 do Código Civil de 2002:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Estes são exemplos em que o pai que não detém a guarda facilmente pode participar e fiscalizar a vida da criança. Contudo, muitas vezes isso não ocorre e nesses casos este pai pode recorrer ao poder judiciário para resolver divergências entre os pais com relação a vida dos filhos. É o que aduz o parágrafo único do artigo 1.690¹³⁷ do Código Civil vigente.¹³⁸

Não obstante haja essa possibilidade, a realidade concreta é a de que o pai periférico muitas vezes além de perder a convivência com o filho por ter apenas o direito de visita, acaba tendo dificuldade de exercer o seu poder familiar de forma

¹³⁵ “Artigo 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹³⁶ NEIVA, Deirdre de Aquino. **Guarda e a Atribuição de Responsabilidades.** 2012. Disponível em: <<http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=1>>. Acesso em: 22 maio 2018.

¹³⁷ Artigo 1.690. Parágrafo único: Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹³⁸ NEIVA, Deirdre de Aquino. **Guarda e a Atribuição de Responsabilidades.** 2012. Disponível em: <<http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=1>>. Acesso em: 22 maio 2018.

plena. Isso decorre do fato de que este muitas vezes não pode intervir de maneira efetiva na vida do menor por dificuldades burocráticas e processuais.¹³⁹

Depreende-se que a modalidade guarda compartilhada prioriza satisfazer os interesses da criança e do adolescente para que esses tenham um desenvolvimento completo e privilegiado. Haja vista que é aplicada para incumbir ampla proteção aos filhos e garantir que os pais tenham deveres e direitos similares com relação a eles, privilegiando a melhor educação e conseqüentemente a formação de uma personalidade equilibrada do menor.¹⁴⁰

Além disso é um direito de convivência contínuo. “Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação”.¹⁴¹

2.3 Guarda compartilhada e a proteção da pessoa em desenvolvimento no estatuto da criança e do adolescente

Preliminarmente, urge fazer uma síntese histórica a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Seu primeiro anteprojeto se deu logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, era chamado de “Normas gerais de proteção à infância e juventude” que se consolidou no projeto de lei número 159/90. Posteriormente foi aprovada na Câmara e no Senado, sanção e publicação do Estatuto da criança e do adolescente em sua formulação atual.¹⁴²

O Estatuto da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/ 1990), foi criado para garantir às pessoas em desenvolvimento, sob guarda dos pais ou abandonados

¹³⁹ NEIVA, Deirdre de Aquino. **Guarda e a Atribuição de Responsabilidades**. 2012. Disponível em: <<http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=1>>. Acesso em: 22 maio 2018.

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.190.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.190.

¹⁴² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

materialmente, o reconhecimento e o exercício dos direitos fundamentais como o do melhor interesse da criança, da paternidade responsável e da proteção integral.¹⁴³

Dessa forma, o estatuto em estudo permite que as pessoas em desenvolvimento, possam chegar a fase adulta com uma boa formação, sujeitos de direitos responsáveis e isso atrela-se a ideia de emancipação da pessoa humana.¹⁴⁴

O artigo 28 do Estatuto aduz que “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.” No entanto, a doutrina considera essa enumeração imprópria por considera-la exaustiva.¹⁴⁵

Dessas três modalidades a guarda é a considerada mais simples e não retira o pátrio poder dos pais, ou seja, ambos os pais são responsáveis pelos filhos independentemente de estarem ou não com a sua guarda, diferente do que ocorre na tutela, pois a tutela tira o poder familiar dos pais e a adoção retira os vínculos familiares da criança com seus familiares sanguíneos.¹⁴⁶

A guarda consiste na responsabilidade de um dos genitores, quando estes encontram-se separados e há guarda unilateral ou pelos dois, casados ou em guarda compartilhada de modo a zelar pelo cuidado, proteção e custódia do menor. Nesse contexto a guarda engloba o poder familiar.¹⁴⁷

¹⁴³ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁴⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 anos de subjetivações. Rio de Janeiro: **Revista da Emerj**, v. 12, n. 48, 2009. Mensal. Ramidoff, Mário Luiz. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54222/estatuto_crianca_adolescente_ramidoff.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹⁴⁵ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁴⁶ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Autor. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, n. 5, jan. 2001. Mensal. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.190.

Não obstante, o conceito de guarda difere-se do disposto no Código Civil no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois neste, a guarda encontra-se no artigo 33¹⁴⁸ e consiste nas relações jurídicas da pessoa que a detém e o menor, devendo aquela proporcionar a este vigilância, direção e educação.¹⁴⁹ Ou seja, a guarda compreende modalidade de família substituta, ao lado da tutela e da adoção, pressupondo a perda do poder familiar dos pais, razão de ser atribuída a terceiro.

Com efeito, o dever da guarda, da educação e do sustento dos menores está assegurado na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do adolescente, que em seu artigo 4º¹⁵⁰ dispõe ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público garantir-lhes uma existência digna, com saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, liberdade e convivência familiar e comunitária.

No que diz respeito ao direito à convivência familiar e comunitária, esse encontra-se disposto no artigo 29¹⁵¹ do Estatuto da criança e do adolescente. Com relação à convivência familiar, esta pode versar sobre a família natural e extensa. Dessa forma é assegurado à criança o direito de não ser separada dos pais contra a sua vontade, já previsto anteriormente no artigo 9º da Convenção sobre os Direitos da criança de 1989.¹⁵²

O direito à convivência comunitária consiste no direito de frequentar escolas, ambientes de lazer, entre outros locais que permitem que a criança e o adolescente tenham contato com a sociedade, de modo que estes possam crescer e se desenvolver integralmente. É dever do Estado promover políticas públicas para efetivar a concretização desse e outros direitos fundamentais.¹⁵³

¹⁴⁸ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86.

¹⁴⁹ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86.

¹⁵⁰ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86

¹⁵¹ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86

¹⁵² ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42.

¹⁵³ PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. O Município e a Família: A Descentralização das Políticas Públicas de Adolescentes à Convivência Comunitária. Porto Alegre: **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, v. 4, n. 23, abril/maio 2009. Mensal. Disponível em:

No artigo supracitado, assim como o artigo 35 tratam de princípios constitucionais importantes como a proteção integral da criança e do adolescente. Para alguns autores como Antônio Chaves, a guarda que se trata a lei estatutária protege apenas o menor em situações de abandono ou morte dos pais.¹⁵⁴

Porém, a maior parte da doutrina defende que pelo fato do Estatuto incorporar a doutrina sociojurídica da proteção integral dada pela ONU, acabou com a ideia de situação irregular e desse modo a guarda pode ser concedida a menores em qualquer situação, sem importar sua situação jurídica, de acordo com o artigo 28 do ECA.¹⁵⁵

O poder familiar, está disposto no artigo 21¹⁵⁶ do Estatuto que aduz que “o pai e a mãe o exercerão em igualdade de condições”. Ele é irrenunciável, imprescritível e indelegável e função do poder público assegura-lo para que os interesses e direitos do menor sejam estabelecidos de forma plena¹⁵⁷.

Ainda sobre o poder familiar, faz-se mister destacar que sua perda pode ocorrer de acordo com as regras do Estatuto da criança e do adolescente em conformidade com o Código Civil, nas situações em que o genitor se omitir quanto as suas obrigações dispostas no artigo 22¹⁵⁸ do Estatuto e no artigo 1.634¹⁵⁹ do Código Civil, são situações de abandono, castigos imoderados e omissão do pai com relação a algum abuso que a criança sofreu.¹⁶⁰

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103688/municipio_familia_descentralizacao_patrao.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

¹⁵⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

¹⁵⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 46.

¹⁵⁶ Artigo 21. “Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁵⁷ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-58.

¹⁵⁸ Artigo 22 “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁵⁹ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-58

¹⁶⁰ ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-58.

Cumpre-se ressaltar que o divórcio não encerra o exercício do poder familiar como tratado em tópico anterior, visto que as relações entre pais e filhos não cessam com a separação e tampouco o dever dos genitores de criar o filho visando sua proteção e desenvolvimento saudável.

Entendido isso, a guarda compartilhada é considerada a mais adequada e por esse motivo ela tornou-se obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista alteração no exercício dos deveres parentais se esta não for aplicada, pois se qualquer dos genitores instituir uma nova família haverá a formação de uma família constituída, por laços afetivos.

3 A APLICAÇÃO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Como visto nos capítulos precedentes, a guarda compartilhada atualmente é aplicada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar dessa mudança do código Civil, à luz dos casos concretos o juiz pode decidir contrariamente à sua aplicação, pois deve-se privilegiar o melhor interesse e o bem-estar da criança e do adolescente em qualquer circunstância.

Com isso, cumpre-se trazer a lume relevantes julgados favoráveis e contrários à aplicação da modalidade guarda compartilhada, no ordenamento jurídico brasileiro, à luz de argumentos doutrinários e legais trazidos nos capítulos 1 e 2 desta monografia.

3.1 Jurisprudências favoráveis à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro

No que diz respeito as jurisprudências favoráveis à guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, estas demonstram que essa modalidade de guarda é um meio de promover a dignidade e o regular desenvolvimento do infante. Ela é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas deve-se analisar a sua aplicabilidade a luz do caso concreto.

É possível a aplicação dessa modalidade de guarda mesmo quando existe situação de litígio entre os pais. O entendimento é confirmado por julgados realizados pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar recurso especial número 1591161/SE, julgado em 21 de fevereiro de 2017 que deferiu a implementação da guarda compartilhada.

É o que se afigura da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho **não se sujeita à transigência dos genitores** ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.

2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1591161/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017). (Grifo nosso).¹⁶¹

O caso em questão, refere-se à ação de regulamentação de guarda compartilhada e alimentos proposta pelo ora recorrente, pai da criança, contra sua ex cônjuge. O menor nasceu em 13.2.2010, estando atualmente com 7 (sete) anos.

O juiz sentenciante aplicou a guarda compartilhada posto que laudos social e psicológico realizados por profissionais qualificados, comprovaram que ambos os pais eram aptos a ter a guarda do filho, pois tinham estrutura em suas casas para receber o menor. E ambos almejavam igualmente, ter um elo participativo na vida do filho educando-o.

Em seu voto, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou que o recurso merecia ser provido, baseando-se no fato de que ambos os genitores moram na mesma cidade, Aracaju, Sergipe, que o Tribunal de Justiça do Estado reformou a sentença e indeferiu a guarda compartilhada meramente pela ausência de consenso entre os pais e pela circunstância de a criança ficar parcela do tempo da guarda do pai sob os cuidados da avó, que mantém relação conturbada com a genitora.

Conforme auferido no voto “Atualmente, a guarda compartilhada tem primazia no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em virtude da redação estabelecida pelas Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014”.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº 1591161/SE**. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. 21 de fevereiro de 2017. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017>. Acesso em: 14 ago. 2018.

Afirma o relator que o ideal seria que existisse uma boa relação entre os ex cônjuges, para que o compartilhamento da guarda atendesse melhor o interesse dos filhos. Mas embora essa não seja a situação do caso em tela e na maioria das situações envolvendo direito de família, não é óbice à aplicação dessa modalidade de guarda mera litigiosidade entre os pais.

Sua decisão foi fundamentada com base na declaração da avó paterna, do laudo psicológico e do laudo complementar, os quais confirmam que não há peculiaridades que inviabilizem a adoção da guarda compartilhada, no cenário exposto.

Com a ressalva de que a avó paterna deve tentar manter um diálogo com a mãe da criança em prol do bem-estar e melhor desenvolvimento do menor. Com a ressalva de que estando sob os cuidados da avó paterna, a mãe tem o direito de se comunicar com o ex-companheiro para intermediar a comunicação.

Por fim, o Ministro relator conclui que:

“Ressalta-se que a idade atual do menor (7 anos), fase em que toda sua formação moral, ética e familiar está sendo consolidada, requisita a presença necessária dos pais. Documento: 68915900 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 9 de 10 Superior Tribunal de Justiça. É relevante que o filho do ex-casal receba o carinho e atenção de ambos os genitores, que devem buscar as medidas possíveis para permitir a convivência harmoniosa e próxima com o infante, o que é importante referencial para a sua formação. O que se deve almejar, em qualquer conflito dessa natureza, é o engajamento mútuo dos pais no atendimento aos deveres e direitos inerentes ao poder familiar. Portanto, merece ser restabelecida a sentença de fls. 1.188-1.197 (e-STJ), que fixou a guarda compartilhada”.¹⁶²

Isso confirma que a guarda compartilhada é “caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais¹⁶³”, conforme aduz Paulo Lôbo.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº 1591161/SE**. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. 21 de fevereiro de 2017. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017>. Acesso em: 14 ago. 2018.

¹⁶³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.200.

Outro relevante caso de deferimento da guarda compartilhada refere-se à recurso especial número 1.626.495 - SP (2015/0151618-2), julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça em 15/09/2016, pela relatora Ministra Nancy Andrighi. Segue a ementa:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que **se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito**, salvo se um dos genitores [ascendentes] **declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor** (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido.

(REsp 1626495/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016). (Grifo nosso).

O julgado diz respeito a um recurso especial impetrado pelo genitor, requerendo a aplicação da guarda compartilhada. Retira-se do relatório que:

"Tanto a sentença quanto o acórdão ignoraram os elementos dos autos que apontam o recorrente – pai do menor – como pessoa responsável e apta a cuidar do seu filho, em guarda compartilhada, decisão que igualmente afronta o comando legal e dissente de outros julgados que apontam para a imposição da fixação da guarda compartilhada"¹⁶⁴.

Em seu voto, favorável a aplicação da guarda compartilhada, a Ministra Nancy Andrighi sustenta que a terceira Turma aplica a guarda compartilhada como regra atualmente.

Antes o genitor que não possuía a guarda, no geral o pai, detinha apenas o direito de visita e isso o tornava mero coadjuvante no que diz respeito a vida e educação da criança.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL**. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

O sistema anteriormente vigente, era reflexo de uma sociedade patriarcal e seus entendimentos foram superados pela Constituição Federal de 1988. Esta que trouxe parâmetros inovadores para as relações intrafamiliares.¹⁶⁵

Alguns exemplos são a paternidade responsável, a igualdade entre os gêneros e sobretudo a “preservação, para a criança e, ao adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio (dignidade, convivência familiar e proteção contra a negligência)”.¹⁶⁶

Além disso, o bem jurídico a ser protegido nas ações de guarda começou a ser prioritariamente o melhor interesse do menor. E nesse cenário, a Turma proferiu o voto favorável a aplicação da guarda compartilhada, visto que o artigo 1.584, § 2º¹⁶⁷, do Código Civil, é uma regra, e não apenas mais uma possibilidade.

Isso porque, o consenso da Terceira Turma é pela admissão da guarda compartilhada, mesmo existindo situações de conflito entre os pais. Salvo quando um dos genitores disser que não deseja a guarda do menor, os conflitos forem de grande mútua ou em obstáculos de ordem prática como a distância geográfica.

Faz-se mister destacar, que muitas vezes, o genitor detentor da guarda unilateral provisória mantém a situação de conflito para a não aplicação da guarda compartilhada. Por essa razão que o conflito existente entre os pais não é mais motivo razoável para afastar sua aplicação.

A conclusão chegada no voto é a de que o genitor que não concorda com a guarda compartilhada, prioriza o seu interesse o não o do menor. É um direito da

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL**. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL**. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Art. 1.584. “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho (...) será aplicada a guarda compartilhada”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

criança o convívio com a mãe e o pai e este referencial binário é fundamental para a sua formação.

Por essas razões, a relatora deu provimento ao recurso especial, para cassar o acórdão e determinar o retorno do processo ao juízo de piso para, diante de criteriosa avaliação psicossocial dos litigantes e do menor, estabelecer os termos da guarda compartilhada, calcado no disposto no art. 1.584, § 3º, do Código Civil.

Estes casos confirmam a hipótese desse trabalho de que é possível conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento, pois essa modalidade de guarda concretiza o melhor interesse da criança, conforme análise doutrinária legal e jurisprudencial desenvolvida nos capítulos desta monografia.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que aduz que seus interesses devem ser priorizados, “tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade”¹⁶⁸. Segundo Paulo Lôbo:

“Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos”.¹⁶⁹

3.2 Jurisprudências contrárias à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro

Preliminarmente, no que diz respeito aos julgados contrários à aplicação da guarda compartilhada, faz-se mister destacar que a impossibilidade de sua aplicação no caso concreto tem duas principais razões de ser. A primeira diz respeito aos casos em que os pais moram em locais distantes e a segunda refere-se aos casos em que

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75-76.

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.75-76.

o conflito entre os pais pode comprovadamente comprometer o melhor interesse da criança.

O primeiro julgado em análise será o recurso especial número 1605477 / RS julgado em 21/06/2016, pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segundo a presente ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.
2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.
3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar **a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos.** Precedentes.
4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal.
5. Recurso especial não provido.¹⁷⁰ (Grifo nosso).

O julgado refere-se ao recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso terceiro, alínea “a” da Constituição Federal. Nas razões do agravo de instrumento (e-STJ folhas 1-19), o genitor faz considerações acerca da guarda compartilhada e pede que inversão de guarda unilateral para compartilhada com fundamento na lei número 13.058/2014.

Ocorre que, no caso em tela, o genitor reside em local diferente do das filhas, o qual a guarda foi deferida à mãe na ação de dissolução de sociedade de fato combinada com alimentos. Não houve provimento do recurso.

No recurso especial, o recorrente alega violação dos artigos. 1.583, 1.584, § 2º, 1.585 e 1.634, V, do Código Civil, ao argumento de que deve ser deferido o pedido

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1605477 / RS**. Relator: RELATOR(A):Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA. Rio Grande do Sul, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62040644&num_registro=201600611909&data=20160627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 ago. 2018.

de guarda compartilhada das filhas do casal. Afirma ter mantido união estável por 12 (doze) anos com a recorrida, com quem tem teve as filhas gêmeas, e que desde 2011 viviam em Criciúma/Santa Catarina, mas que, após a separação do casal, em julho de 2014, a genitora se mudou para Guaíba/Rio Grande do Sul, sem a sua concordância.

O recorrente ainda afirma que a mãe gerou, dessa forma, uma alienação parental, visto que separou o requerente de suas filhas, que não poderia exercer de forma plena o poder familiar. Alega que a distância geográfica não impediria a aplicação da guarda compartilhada, mas apenas dificultaria o exercício em conjunto da guarda física das crianças (e-STJ folha. 199).

O recurso especial foi negado sem contrarrazões, ascendendo os autos por força de decisão em agravo.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuerva, acompanhado pelos ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino, enunciou o entendimento de que embora o instituto da guarda compartilhada tenha prioridade de aplicação, é preciso analisar cada caso concreto.

No caso em questão, haveria dificuldades geográficas que inviabilizaria a efetiva concretização do princípio do melhor interesse da criança, que deve sempre ser observado. Isso porque, não seria possível uma rotina adequada para as crianças se essas estudassem e vivessem cada semana em uma cidade diferente.

Ainda observa que analisando o parágrafo 3º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, modificado pela Lei nº13.058, aufere-se que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Que de fato, é o domicílio da mãe.

Por fim, o relator reitera que os genitores deverão estabelecer medidas para que as filhas tenham uma formação psicológica adequada e com um duplo referencial. O pai, mesmo distante fisicamente continua com os direitos e deveres garantidos pelo poder familiar, devendo participar do cotidiano das crianças.

Essa participação pode se dar por meio de recursos tecnológicos, para que a figura paterna continue presente na vida das crianças independente da distância física. A litigiosidade entre o casal, nas palavras do ministro, “deve ser superada para permitir a conformação mínima dos interesses legítimos de todos os membros da família”.¹⁷¹

A luz da doutrina e da legislação invocadas nos capítulos 1 e 2, cumpre-se ressaltar que o fim da coabitação dos genitores não diminui as responsabilidades do pai que não mora com a criança decorrentes do poder familiar.

Por essa razão, não se sustenta a tese do recorrente de que a mudança de estado da genitora desrespeita o poder familiar. Ademais, segundo entendimento de Maria Berenice Dias, não se alteram as relações entre pais e filhos (artigo 1.632 do Código Civil). Somente a falta de impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (artigo 1.631 do Código Civil).¹⁷²

Em suma, o distanciamento físico do filho, decorrente da separação dos pais, não impede que o pai assuma os seus direitos e deveres. Ressaltando-se que o mesmo se aplica ao direito de pagar alimentos, que será devido independente da modalidade de guarda.¹⁷³

A respeito da questão geográfica, há, para Flávio Tartuce, uma desordem na doutrina e na jurisprudência no que tange a guarda física exercida efetivamente e o poder familiar.

Para o autor é equivocado o argumento de que as atuais tecnologias propiciam o exercício da guarda a distância. Pois, a guarda compartilhada é mais complexa do que o efetivo exercício do poder familiar. Ela pressupõe que seja assegurada ao menor a educação e a orientação contínua. E que para serem efetivas

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1605477 / RS**. Relator: RELATOR(A):Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA. Rio Grande do Sul, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62040644&num_registro=201600611909&data=20160627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 472.

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 472.

demandam de um empenho absoluto, que demanda tempo e “não pode ser exercido a distância, mesmo com o uso das tecnologias mais variadas. A contínua presença física ainda é insubstituível para os principais componentes da profunda formação de um filho”.¹⁷⁴

Cumpre-se ressaltar, como verificado no voto do relator, que a simples situação litigiosa entre os pais por si só não é mais elemento impeditivo da aplicação da guarda compartilhada. Essa modalidade de guarda é regra e pode ser aplicada também nesses casos. O que impede a aplicação dessa modalidade de guarda incide no fato dos genitores residirem em cidades diferentes (distância geográfica) e a observância do melhor interesse da criança no caso concreto.

Ainda sobre a aplicação contrária à guarda compartilhada, cabe a análise de um recente agravo interno no agravo em recurso especial número 879361, julgado em 13/03/2018 pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Observa-se a seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. A implementação da **guarda compartilhada** não se sujeita à transigência dos genitores.
3. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da **guarda compartilhada** em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação.
4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ.
5. Agravo interno não provido.¹⁷⁵ (Grifo nosso).

Refere-se a um agravo interno no recurso especial, interposto pelo genitor contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que negou o provimento do

¹⁷⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p.169-170.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº 879361**. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=guarda+compartilhada+impossibilidade+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 ago. 2018.

recurso especial em virtude da incidência da súmula 7 deste tribunal. O recorrente argumenta que o pedido de guarda compartilhada deve ser deferido, pois visa o melhor interesse de sua filha menor.

Em seu voto, o relator, Ricardo Villas Bôas, afirma que a guarda compartilhada avançou devido as pesquisas relacionadas a transformação familiar e sua adoção tem crescido no Brasil assim como em todo o mundo. Foi fortalecida pela Convenção de Nova Iorque sobre Direitos da Criança.

Nessa modalidade de guarda, ambos os genitores possuem autoridade parental e amenizam os efeitos da separação matrimonial na vida dos filhos. Dessa forma são assegurados os direitos da criança e dos pais.

No caso em análise, como observado em acórdão recorrido, foi realizada uma análise psicossocial concluindo que os genitores precisam melhorar a comunicação no que diz respeito a coparentalidade, para proporcionar um equilíbrio apto a preservar o desenvolvimento da estabilidade emocional do menor, assim como do seu bem-estar. Do contrário, o casal separado precisaria no futuro recorrer à justiça para decidir assuntos relacionados a rotina da sua filha.

Ademais, a criança encontra-se perfeitamente ajustada a vida e rotina com sua mãe, não justificando a troca de guarda unilateral para compartilhada no caso em apresso. Colhe-se do acórdão que “Se permanecer na companhia da mãe, gozará de maior estabilidade familiar, recomenda-se que se mantenha com ela a guarda, exclusivamente”.¹⁷⁶

Assenta-se que embora a lei que instituiu a guarda compartilhada como regra (lei número 13.058/2014) tenha alterado o artigo 1.584, §2º do Código civil e que ao aplicar a guarda compartilhada assegura-se um benefício a família que mesmo não sendo conjugal pode existir na modalidade parental, devem ser analisados os princípios constitucionais no caso concreto.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº 879361**. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=guarda+compartilhada+impossibilidade+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

A Constituição Federal em seu artigo 227, aduz que é dever da família, da sociedade e do Estado promover condições que assegurem o melhor interesse do menor. Dessa forma, como visto anteriormente, e ressaltado no voto do ministro:

“A despeito de entender que a guarda compartilhada deva ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo, o instituto não deve prevalecer quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança.”

Portanto, mantém-se no sistema jurídico brasileiro a viabilidade de aplicação da guarda unilateral, mesmo sendo a guarda compartilhada a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito, Flávio Tartuce leciona que “a mediação e a orientação psicológica são fundamentais para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para crianças.”¹⁷⁷

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017. p.169-170.

CONCLUSÃO

O presente trabalho ao fazer a análise do funcionamento e cabimento das diferentes modalidades de guarda presentes no ordenamento jurídico brasileiro, buscou demonstrar de que maneira a guarda compartilhada pode proporcionar uma melhor qualidade de vida e desenvolvimento do menor.

No primeiro capítulo, compreendida a evolução histórica do direito de família, pelo fenômeno conhecido como repersonalização do direito de família, ficou claro que com as mudanças na sociedade não é mais permitido diferenciar os direitos e deveres da mãe e do pai com relação ao filho.

Ambos os genitores são inseridos no mercado de trabalho e possuem funções no lar, pela mesma razão ambos devem de forma efetiva educar e participar da vida da criança de forma efetiva, inclusive na separação e não apenas com direitos de visita como na guarda unilateral.

Destarte, conforme apresentado no capítulo segundo da presente monografia, essas mudanças também fizeram com que a preocupação do Estado e da família fosse garantir uma existência digna à pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, constatou-se que a guarda compartilhada tem o intuito de promover os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade de gêneros e da convivência.

Além de ter sido examinado pela Constituição Federal, também foi feito um estudo com base no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma verificou-se que, a guarda compartilhada é considerada a modalidade de guarda que melhor atende ao interesse do menor.

Por esse motivo ela tornou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista alteração no exercício dos deveres parentais se esta não for aplicada, uma vez que o divórcio não encerra o exercício do poder familiar, pois as

relações entre pais e filhos não cessam com a separação e tampouco o dever dos genitores de criar o filho visando sua proteção e desenvolvimento saudável.

Faz-se mister destacar, que a guarda compartilhada é regra hoje no ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho buscou trazer explicações dessa alteração na legislação, com base em argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

Constatou-se no terceiro capítulo, após análise de jurisprudências favoráveis e contrárias a aplicação da guarda compartilhada, que ela apenas não possui aplicação em determinados casos em que os pais residem em cidades diferentes ou que a criança já está adaptada a vida com um dos genitores e a mudança de modalidade de guarda poderia afetar negativamente a sua vida.

A opção da guarda compartilhada nesses casos poderia prejudicar a criança. E considerando-se que o seu bem-estar deve ser levado sempre em primeiro lugar, a guarda compartilhada não deve ser encarada como uma obrigação e sim como a garantia do objetivo maior que é o bem-estar na formação de uma criança.

Indubitavelmente, a mudança trazida pela lei 13.058/2014 que deu nova redação ao artigo 1.584 do Código Civil, representou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, mas a luz de casos concretos, muitos aspectos devem ser levados em conta no momento de uma separação onde a parte mais frágil é a criança.

A pergunta problema desse trabalho diz respeito justamente a proteção da criança, foi proposto se é possível conceder-se a guarda compartilhada como instrumento de proteção da pessoa em desenvolvimento.

Pode-se responder afirmativamente a essa questão, segundo os argumentos explicitados acima e desenvolvidos no trabalho, pois, a guarda compartilhada, posto que permite o direito de convivência ao menor, consequentemente assegura que seus direitos e interesses sejam protegidos em detrimento dos interesses dos pais quanto a guarda.

Desse modo, o estudo da guarda compartilhada é importante haja vista que antes de sua consolidação a criança não tinha o direito de convivência com a mãe e

o pai em igualdade de condições, esse direito ao ser assegurado permite que o menor tenha seus interesses protegidos mesmo em situações de conflitos e de falta de consenso entre os pais quanto a guarda, situações comuns com a separação. Garantindo um ambiente mais sólido para o menor, mesmo os pais sendo divorciados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cleide Rocha de. **A mediação de conflitos familiares na justiça**: uma saída singular. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, ano 8, n. 38, p., 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº 1591161/SE**.

Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. 21 de fevereiro de 2017. Brasília.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº 879361**. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=guarda+compartilhada+impossibilidade+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada nº REsp 1626495 / SP RECURSO ESPECIAL**. Relator: Ministra: NANCY ANDRIGHI. Recurso Especial Nº 1.626.495 - Sp. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501516182&dt_publicacao=30/09/2016>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1605477 / RS**. Relator: RELATOR(A):Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA. Rio Grande do Sul, 27 jun. 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62040644&num_registro=201600611909&data=20160627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CUNHA, Thiago Neviani da. A norma jurídica e o pião normativo. **Fides: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v.1 , n.1, p. 167-179 , 2010. Disponível em:

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=4EFA69AC5E40902946206A8EDB0BB3EA.dialnet01?codigo=3646936>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**: Comentários à emenda constitucional. 6. ed. Porto Alegre, 2010. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf) >. Acesso em: 04 maio 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Roberto. O Código Civil de 2002 e as entidades familiares: direito convivencial: uma tentativa de conformação principiológica. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 17-31, jun. 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr LEITE. Guarda Compartilhada. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; OLIVEIRA Eduardo (Org.). **Repertório de doutrina sobre direito de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 420.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ISHIDA, Válder Kengi. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: principais aspectos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p.24-71, jan. 2001. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95409/guarda_tutela_adocao_jorge_junior.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

NEIVA, Deirdre de Aquino. **Guarda compartilhada**. Brasília. 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.aquinoneiva.com.br/?q=artigos/artigo&id=2>>. Acesso em: 18 maio 2018.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 750-778, dez. 2014.. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. O município e a família: a descentralização das políticas públicas de adolescentes à convivência comunitária. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p.42-57, abril/maio 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103688/municipio_familia_descentralizacao_patrao.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: família. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

RAMIDOFF, Mário Luiz Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 anos de subjetivações. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 48, 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54222/estatuto_crianca_adolescente_ramidoff.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015.

REIS, Wanderlei José dos. Guarda compartilhada: regra ou exceção? **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p.29-34, ago. 2016. Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105521/guarda_compartilhada_regra_reis.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. **Guarda compartilhada**: um caminho para inibir a alienação parental?. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 9, n. 2, p. 320-339, dez. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/14772>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Mônica Tereza Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. **Do direito de família ao direito das famílias**: A repersonalização das relações familiares no Brasil. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509943/001032755.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 10, p. 1-15, dez. 2007. Disponível em: <<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.